



Universidad de Valladolid

**Facultad de Ciencias Económicas
y Empresariales**

**Trabajo de Fin de Grado
Grado ADE**

**ABUSO DE POSICION DE
DOMINIO**

Presentado por: **Sergio Diente de los Bueis**

Tutelado por: **Benjamín Peñas Moyano**

Valladolid, 28 de julio 2022

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 6 |
| 2. METODOLOGÍA UTILIZADA | 7 |
| 3. JUSTIFICACIÓN, DESCRIPCIÓN Y OBJETIVOS..... | 8 |
| 4. CONCEPTO | 9 |
| 5. DIFERENCIACIÓN ENTRE POSICIÓN DE DOMINIO Y ABUSO. TIPOS DE ABUSO..... | 11 |
| 5.1 Diferenciación | 11 |
| 5.2 Tipos de Abusos..... | 12 |
| 6. REGULACIÓN JURÍDICA | 15 |
| 6.1 Regulación jurídica en España..... | 16 |
| 6.2 Regulación jurídica en la UE | 17 |
| 6.3 Régimen Sancionador..... | 19 |
| 7. REQUISITOS Y CASOS REALES..... | 20 |
| 7.1 Caso Inhaladores AstraZeneca (20 abril 2021)..... | 21 |
| 7.2 Caso Ecoembes (2 abril 2019) | 24 |
| 7.3 Caso Oracle (10 abril 2018)..... | 28 |
| 7.4 Caso Nokia (13 junio 2017) | 32 |
| 8. CONCLUSIONES..... | 35 |
| 9. BIBLIOGRAFÍA | 38 |
| 10. DOCUMENTOS CONSULTADOS..... | 38 |

ÍNDICE DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

LDC Ley de Defensa de la Competencia

CNMC Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ESO Educación Secundaria Obligatoria

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TCE Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

UE Unión Europea

ADIF Administrador de Infraestructuras Ferroviarias

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

El abuso de posición de dominio, regulado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consiste en una conducta contraria al régimen de libre competencia.

Los órganos que forman parte de la Defensa de la Competencia se encargan de velar por que la posición de dominio obtenida por las empresas se utilice de manera lícita y conforme a Derecho, ya que la posición de dominio, si bien no está prohibida, sí se prohíbe su abuso.

A pesar de ello, las empresas utilizan su posición de dominio con fines prohibidos por la ley en tanto se produce un abuso de este, con el fin principal de incrementar sus beneficios.

Como se verá en los supuestos analizados en este trabajo, los casos de abuso de dominio están revestidos de especiales características que hacen de su persecución una tarea compleja y no siempre fácil, pues, en función de aquellas, podrán producirse en uno o varios sectores de la propia empresa, o dependiendo de dónde se produzca cambiará el foro de la jurisdicción competente para tratarlos, por citar dos ejemplos.

Palabras clave: abuso, posición de dominio, nacional, resolución, competencia.

ABSTRACT AND KEY WORDS

The abuse of a dominant position, regulated in Law 15/2007, of 3 July, on the Defence of Competition, consists of conduct that is contrary to the system of free competence.

The bodies that form part of the Defence of Competence are responsible for ensuring that the dominant position obtained by companies is used in a lawful manner and in compliance with the law, since the position of dominance is not prohibited, what is prohibited is its abuse.

In spite of this, there are many companies that abuse it, since through these abuses they increase their profits. As we can see in the cases analysed, we can observe that they have complex resolutions and that they are not practices that are usually seen at first sight, as they can be committed in any sector of the company and depending on the geographical area in which it is located, it will fall under the jurisdiction of one court or another.

Key words: abuse, dominance, national, resolution, competence.

1. INTRODUCCIÓN

De conformidad con la Ley 15/2.007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la posición de dominio es una conducta unilateral de una o varias empresas con posición de dominio en el mercado por la que se abusa de la posición obtenida en los supuestos previstos por la Ley. No es, por tanto, una situación en la que se encuentre la empresa o empresas por el propio devenir de las circunstancias o de posición en el mercado, sino que es un acto volitivo por parte de la propia empresa o empresas tendente al propio abuso prohibido en los casos descritos en el texto legal referenciado y del que parece necesario señalar, como punto de partida, el artículo 2 de la Ley 15/2.007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en adelante LDC, y del que se extrae el siguiente literal: ¹

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.”

De igual forma y con carácter supranacional, nos encontramos con la legislación europea en la materia objeto de este trabajo, citando para ello el propio texto del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuando en su artículo 102 dice: ²

“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.”

Por otra parte, es relevante señalar que el fin de esta regulación no es, ni debe ser confundida, con la restricción de la competencia, ni tan siquiera de la posición de dominio –que, como decíamos, no está prohibida-, sino el abuso que se pudiera producir; y que dicha regulación es absoluta y automática, en tanto que persigue todos los casos y no admite excepciones, como sí ocurre, por citar una, en el caso de las colusiones o prácticas colusorias (artículo 1 LDC).

¹ Ley 15/2.007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159 de 4 de julio de 2.007)

² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2.007.

Finalmente, y cerrando este apartado, cabe señalar que la posición de dominio a la que nos venimos refiriendo puede corresponder tanto para una empresa o varias diferentes, o varias empresas del mismo grupo.

De tal modo, se podrán acordar diferentes medidas para el caso de que se produzca cese este abuso.

Abundando, quedarían prohibidas todas aquellas prácticas que consistieran en la fijación de precios, limitar o controlar la producción, subordinar la celebración del contrato... entre otras. Y todo ello con la preceptiva delimitación del mercado relevante, que se definirá posteriormente, y que identificará los ámbitos geográfico, temporal y objetivo.

En definitiva, únicamente nos encontraremos ante prácticas abusivas de la posición de dominio en los casos previstos por la Ley, sin que la propia posición de dominio sea de objeto sancionador por sí mismo, siendo aquellas las que supusieran un perjuicio injustificado e indebido a los demás participantes en el mercado o competidores.

2. METODOLOGÍA UTILIZADA

En primer lugar, para la elaboración de este trabajo se han consultado y analizado manuales de Derecho de la Competencia y Derecho Mercantil, así como la legislación vigente aplicable.

De igual forma, se han realizado consultas en prensa económica escrita y digital (como Diario “Cinco Días”), y en blogs y foros de internet especializados.

En segundo lugar, y para mayor comprensión del trabajo, se ha esquematizado el mismo en diez epígrafes, siendo los tres primeros de carácter introductorio.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

A continuación, se presentarán los apartados cuatro, cinco y seis, en los que se abordarán conceptos teóricos, los cuales son: el definir los conceptos objeto de este trabajo y su régimen jurídico.

Seguidamente, en el apartado siete, se han tratado y estudiado supuestos reales sobre la posición de dominio, que se analizarán posteriormente, con el objetivo de dotar a este trabajo de dos posturas: una teórica y otra práctica, para llevar al lector a una comprensión clara y completa del tema tratado.

Finalmente, se ofrecerá una serie de conclusiones que corresponden al apartado ocho, siendo los apartados nueve y diez correspondientes a bibliografía y documentación consultada.

Y todo ello con el imprescindible seguimiento académico y docente en forma de tutorías con el supervisor de este trabajo.

3. JUSTIFICACIÓN, DESCRIPCIÓN Y OBJETIVOS

Muchas han sido las asignaturas que, durante el estudio del Grado en Administración y Dirección de Empresas, han causado al que suscribe un interés por la materia a tratar, sin embargo, han sido aquellas que encordaban con la rama de Derecho las que me han despertado un verdadero interés.

Todo ello, junto a la trascendencia actual del mundo empresarial y económico en la sociedad, me ha llevado a la elección de este trabajo.

De otra mano, uno de los principales objetivos y finalidades a cumplir con la creación de este proyecto de fin de grado es dotar de una mayor comprensión a la posición de dominio de una o varias empresas, en el ámbito de mercado de la competencia mediante la explicación de los tipos de posición de dominio, su régimen sancionador y las consecuencias que supone realizar estas prácticas abusivas.

Como se podrá ver en los supuestos analizados, caracterizados por estar revestidos de una complejidad tanto en su proceso como en su resolución, el

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

abuso de la posición de dominio es una práctica que podríamos describir como taimada, en tanto consiste en prácticas que no siempre están a simple vista, y que no siempre se tratará de una actuación en solitario, sino que se compondrá de una serie de actuaciones que igualmente pueden ser contrarias a la Ley. Por otra parte, influye en su complejidad que se pueden realizar en cualquier sector y que habrá diferentes foros en cuanto a la Jurisdicción para conocer de estos supuestos.

Con el análisis de este tema, el abuso de posición de dominio, además de revisar la situación actual del mismo, se pretende obtener una serie de conclusiones, mediante el estudio de varios casos, que puedan describir esta práctica tanto en nuestro país como a nivel comunitario. De esta forma, se pretenderá responder someramente a las siguientes cuestiones, que, como decimos, avanzamos pero que se detallarán en el correspondiente apartado: la diferenciación entre posición de dominio y abuso de dominio; qué empresas abusan del dominio; qué sectores se ven más afectados por este abuso; la complejidad del sistema de persecución del abuso de dominio.

4. CONCEPTO

La posición de dominio es aquella situación de poder económico por parte de una o más empresas que le otorgan la capacidad de impedir o, al menos, obstaculizar la competencia respecto a sus competidores. O en palabras del propio Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 27 de julio de 2000, Exp. 465/99, cuando define:

“La posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

sin tomar consideración las posibles reacciones de los competidores o usuarios, y de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio.”³

Poseer una posición de dominio, por lo tanto, es algo positivo para la empresa o grupo de empresas que la poseen, si bien tiene que estar muy bien definido el mercado relevante, o también llamado mercado de referencia, para establecer esta posición de dominio. Es decir, aquel que determina los límites de un sector y el grado de competencia existente, aquel que permite analizar el contexto competitivo.

Este mercado supone la combinación de dos aspectos fundamentales para su determinación cuales son el mercado de productos y servicios y el mercado geográfico⁴.

En el primero de ellos, el mercado de productos y servicios viene determinado por la compra y venta de bienes como pueden ser ropa, alimentos, electrodomésticos, etc.; y también dispone de una serie de servicios, como los servicios de salud, educativos o estéticos. Este mercado determina la sustituibilidad de la demanda de forma razonable, qué empresas compiten.

En cuanto al segundo mercado para la determinación del mercado relevante, el mercado geográfico, se trata de un mercado que posee una segmentación geográfica, que viene determinado, principalmente, por diferentes idiomas, distintos estilos de vida, el clima... y en función de ello crear una estrategia de marketing u otra, y que permiten diferenciar zonas con unas condiciones parecidas de otras.

Respecto del abuso de la posición de dominio, como venimos indicando, cabe decir que la posición de dominio puede llevarse al extremo que suponga la práctica abusiva de la misma, lo que nos ha de llevar a definir aquel término.

³ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia 465/99 de 27 de julio de 2.000. (Fundamento de Derecho octavo).

⁴ Campuzano Laguillo, Ana Belén, El Derecho de la Competencia, Tirant lo Blanch, 2015, página 98.

El abuso de posición de dominio supone la actuación unilateral por parte de una o varias empresas que ostentan una posición de dominio en el mercado, que limita de manera indebida la competencia y que es, en definitiva, contraria a la Ley. Por lo tanto, la realización de esta práctica está prohibida, tanto por la normativa europea como por el ordenamiento jurídico español en el ámbito nacional.

5. DIFERENCIACIÓN ENTRE POSICIÓN DE DOMINIO Y ABUSO. TIPOS DE ABUSO.

5.1 Diferenciación

Como vemos, los conceptos de posición de dominio y abuso de la posición de dominio parten de la misma base, por lo que es necesario establecer las diferencias que determinan que nos encontremos ante una u otra.

El comportamiento de los mercados no es siempre el mismo, ya que dependen de factores que hacen que cambie, por ello, a efectos normativos, carece de interés punitivo, per se, la propia situación de posición de dominio o su surgimiento. Lo que realmente es sancionable, y en lo que venimos insistiendo, es el abuso con la finalidad de obtener beneficios perjudicando con ello a los competidores y consumidores.

Esta situación puede generar una cierta preocupación para las autoridades ya que pueden aumentar los precios sobre el nivel competitivo y por lo tanto afectar negativamente a los consumidores.

De igual manera, puede afectar con una limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.

E igualmente, puede suponer un trato discriminatorio respecto de terceros pues pudiera ocasionarles una desventaja competitiva, producto de un uso abusivo, ilegítimo y prohibido de la posición de dominio que se ostenta, incluyendo la

negativa de demanda de compra de productos y la prestación de servicios entre otras⁵.

Puede suponer además la imposición de contratos que estén vinculados.

5.2 Tipos de Abusos

Existen tres tipos de abuso que son predominantes, cuales son: el abuso por explotación, el abuso por exclusión y abusos mixtos; aunque pueden existir otros.

En primer lugar, el abuso de explotación o abuso explotativo, consiste en aprovechar y explotar la posición que se tiene de dominio frente a las demás entidades competidoras, fijando precios superiores, lo que ocasiona mayor beneficio para la empresa dominante.

Algunos ejemplos de acciones de este tipo de abuso son: la modificación unilateral de condiciones comerciales, a través de las reformas laborales; la imposición de precios abusivos excesivamente altos y que llegan a suponer problemas para la competencia; la discriminación de precios, en la cual se cobra por el mismo bien o servicio distintos precios a diferentes consumidores, teniendo en cuenta que el coste de aprovisionamiento sigue siendo el mismo; o la vulnerabilidad de la privacidad de las empresas que sufren el abuso.

En segundo lugar, nos referimos a los abusos de exclusión o exclusorios, que suponen la creación de una desventaja y la restricción del bienestar y la libertad de competencia. Esto provoca la disminución de la franja de mercado, la restricción de beneficios y minora la totalidad de la competencia.⁶

⁵ Rodríguez Gómez, Fabián, 2015. "La Posición de Dominio y la diferencia con su abuso". Asuntoslegales.com. URL: <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/la-posicion-de-domino-y-la-diferencia-con-su-abuso-2307696>. Fecha de consulta: 4 de julio de 2.022.

⁶ Wolters Kluwer. "Posición de Dominio". URL: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjM1MjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAMbgi2TUAAAA=WKE#:~:text=La%20posici%C3%B3n%20de%20dominio%20ha,sus%20competidores%20en%20el%20mercado. Fecha de consulta: 4 de julio de 2.022.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Dentro de estos últimos, los abusos más comunes son: los precios predatorios, la negativa de venta, el estrangulamiento de márgenes y los acuerdos de exclusividad.⁷

- Precios predatorios: se trata de una práctica en la que se vende un producto o servicio a un precio muy bajo con la clara intención de expulsar a los competidores fuera del mercado o incluso crear ciertas barreras de entrada para los potenciales nuevos competidores que quieran entrar. Esto puede suponer la venta a pérdidas o renunciar a posibles beneficios a cambio de esas expectativas de posición de dominio.

- Negativa de venta: supone una situación en la cual existe una empresa dominante goza de instalaciones y otros beneficios, y otra empresa de posición inferior. Esta última, pretende acceder a la instalación propiamente dicha con la negativa absoluta por parte de la empresa dominante.

Es una práctica que implica controversia ya que las reglas para las empresas son la libertad de acción, libertad de negociar y contratar acorde a su estrategia comercial.

- Estrangulamiento de precios: se refiere a la fijación de precios que son considerados excesivamente altos, también a esto se le denomina “estrangulamiento de márgenes”. Con esta técnica, se pretende lograr una ineficacia por parte de los mercados al no poder operar con precios tan elevados y dejarlos fuera de cualquier tipo de competencia.

- Acuerdos de exclusividad: se trata de una serie de actuaciones que lleva a cabo la empresa como la compra exclusiva o los descuentos condicionales. La primera se refiere al acuerdo entre el proveedor y el

⁷ Conexión ESAN. “¿Cuándo ocurre y en qué consiste un abuso de posición de dominio?” 28 de febrero de 2.018. Esan.edu.pe. URL: <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/cuando-ocurre-y-en-que-consiste-un-abuso-de-posicion-de-dominio>

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

cliente consistente en que únicamente este cliente puede comprar productos a ese proveedor, eliminando así la competencia. Respecto de los descuentos condicionales, se refiere a la recompensa que se les aplica a los clientes en forma de descuento por el hecho de llevar a cabo unas pautas de conducta de compra idóneas.

Por último, y como adelantábamos al comienzo de este epígrafe, también existe un tercer grupo de abusos, llamados abusos mixtos, que consistirían en una combinación de los dos tipos de abusos precedentes, tanto abuso de exclusión y de explotación. Dentro de éstos, nos podemos encontrar las ventas atadas o la discriminación arbitraria de precios, entre otros.

- Ventas atadas: en este caso lo que observamos es una estrategia anticompetitiva y una vulneración al derecho de consumo en la que se ofrece un producto que condiciona a la compra de otro, por razones que pueden ser de calidad, reputación o el buen uso de un producto o servicio.

Un ejemplo que contextualiza ese tipo sería el supuesto de una empresa fabricante de impresoras que vende sus productos bajo la condición de que compren también la tinta que él mismo fabrica.

Existen dos tipos de ventas atadas, de tipo contractual y de tipo técnica.

- Discriminación arbitraria de precios: consiste en cobrar distintos precios para productos muy parecidos con un mismo coste marginal o de fabricación⁸.

⁸ Wolters Kluwer. "Posición de Dominio". URL: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjM1MjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAMbgi2TUAAAA=WKE#:~:text=La%20posici%C3%B3n%20de%20dominio%20ha,sus%20competidores%20en%20el%20mercado. Fecha de consulta: 4 de julio de 2.022.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Una vez asentado el fundamento teórico de los distintos tipos y subtipos de abuso de posición de dominio, indagamos en la CNMC para corroborar casos reales con sus respectivas resoluciones.

Investigando dentro de los recursos digitales ofrecidos desde la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC) observamos que el conjunto de casos que se han presentado en este último año ya tienen una resolución. La gran mayoría de tipos de abusos de posición de dominio son de residuos, chatarra y acero.

Otros casos que hallamos de años anteriores, entre los más destacados, son el caso de la Copa del Rey, o el de los libros del Carrefour.

Por citar un ejemplo, concretamente fue el Carrefour de Parquesol, en Valladolid, cuando operó el Derecho de la Competencia el pasado 4 de septiembre de 2019 en aplicación del artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, en la cual lo que se denunciaba era que por cada 90€ de libros de Primario y E.S.O, regalaban 10€ para gastar en diferentes secciones como: papelería, material escolar, informática o textil.

En este caso, específicamente podemos determinar que existe un tipo de abuso y que este se considera exclusorio o de exclusión, más concretamente se denominarían acuerdos de exclusividad, ya que se les aplican descuentos y demás beneficios a los clientes por el hecho de realizar compras o conductas de compra idóneas.

6. REGULACIÓN JURÍDICA

El abuso de posición de dominio se regula a través de la normativa de la Unión Europea y a través de la normativa nacional. Los motivos de la creación de esta legislación no son, tan solo, la protección a las empresas, sino que está

dirigida también a obligar a actuar correctamente a los que quieran participar en ese mercado de competencia junto a otros competidores.

6.1 Regulación jurídica en España

Profundizando el ordenamiento jurídico nacional y respecto al abuso de posición de dominio, observamos que reprime de forma contundente cualquier forma de abuso de posición de dominio, teniendo en cuenta sus diversas modalidades y gradualidades, constituyendo una infracción grave o muy grave. Siendo estas primeras las que se consideran abuso de posición de dominio como tal, en sentido estricto, y siendo las segundas las que cuya cuota de mercado se acerque al monopolio o disfrute de unos derechos especiales o exclusivos.

La legislación española es más extensa que la normativa europea, recogiendo algunas conductas que no aparecen reflejadas en el artículo 102 del TFUE (se extiende únicamente a aquellas que se consideran injustas o no razonables). En el mismo sentido el artículo 2 LDC prohíbe la explotación abusiva de una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional. De ahí que sea relevante señalar de forma literal: ⁹

“Artículo 2. Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

⁹ Ley 15/2.007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159 de 4 de julio de 2.007)

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.”

Algún caso práctico que distinguimos claramente a nivel español en los últimos años es el caso de los derechos de la Copa del Rey, en Barcelona, a 19 de octubre de 2021. En esta resolución, se pone de manifiesto y se denuncia, los indicios de abuso de posición de dominio entre los licitadores en los procedimientos de comercialización de los derechos audiovisuales de la Copa del Rey convocados por la Real Federación Española de Fútbol.

6.2 Regulación jurídica en la UE

La regulación jurídica en el ámbito de la Unión Europea se corresponde con una serie de estrictas normas para la protección de la libre competencia que prohíben algunas prácticas.

Respecto a la legislación de la Unión Europea en cuanto al abuso de posición, es el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea el que recoge esa regulación, por el que se sanciona la explotación abusiva de una posición dominante en el Mercado Común o parte de éste, por parte de una o varias empresas.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Esta prohibición queda plasmada también en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia donde se hace alusión al abuso de posición de dominio. Esta prohibición es automática y absoluta, es decir, no admite excepciones, a diferencia de lo que ocurre con las colusiones, artículo 1 LDC y 81 TCE (actualmente art. 101 TFUE).

Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”

En definitiva, lo que supone es: no cobrar precios excesivamente elevados que puedan ser un abuso para los compradores; tampoco cobrar precios demasiado bajos que puedan eliminar a los compradores del mercado; no prestar un trato desigual a los clientes; no poner condiciones que limiten a los usuarios.

Entre otras, estas son las normas más habituales que deben cumplirse en cuanto a la legislación de la UE contra el abuso de posición de dominio, su

incumplimiento puede suponer penas y sanciones que citaremos a continuación en el Régimen Sancionador.

6.3 Régimen Sancionador

En cuanto al régimen sancionador, viene contenido en los artículos 62 y 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, y está caracterizado por dos características en función, en primer lugar, de la naturaleza de la infracción que se haya cometido (leve, grave o muy grave) y el volumen de negocio de la empresa.

Según los tipos de infracciones anteriores, podemos clasificar estas infracciones en:

- Infracciones leves, con multas del 1% sobre el volumen de negocios totales de la empresa infractora, correspondientes al ejercicio anterior a la imposición de la multa.
- Las infracciones graves, con unas multas de hasta el 5% sobre volumen de negocios totales de la empresa infractora, correspondientes al ejercicio anterior a la imposición de la multa.
- Las infracciones muy graves, con unas multas de hasta el 10% sobre volumen de negocios de la empresa infractora, correspondientes al ejercicio anterior a la imposición de la multa.

Para el caso de que no se pudiera cuantificar el volumen de negocios de dicha empresa infractora, en ese caso, las multas para infracciones leves serían de 100.000 a 500.000 euros; las multas para infracciones graves serían de 500.001 a 10 millones de euros; y las multas para infracciones muy graves, serían de más de 10 millones de euros.

Tal y como se cita en el manual de Derecho de la Competencia, en el apartado de Alberto Palomar Olmeda, el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios¹⁰:

¹⁰ Palomar Olmeda, Alberto, "El Derecho de la Competencia", Tirant lo Blanch, 2015, página 283.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

- La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.
- El alcance de la infracción.
- La duración de la infracción.
- El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.
- Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Lo que se califica o sanciona son, las personas físicas o jurídicas que se consideran infractoras de la Ley.

El mismo abuso de posición de dominio, en el artículo 62 de la Ley de defensa de la competencia está tipificado como infracción grave o muy grave.

7. REQUISITOS Y CASOS REALES

A continuación, se va a llevar a cabo el análisis más en profundidad de cuatro casos, que cuentan con una resolución, que han ocurrido en los últimos años y que pueden resultar relevantes.

Lo que se analiza en este estudio de casos reales, principalmente, es la definición del propio caso, las partes implicadas, la fecha en la que se ha llevado a cabo, los hechos denunciados y, por último, la correspondiente resolución que se haya obtenido. También las infracciones en las que incurren y las sanciones que se hayan aplicado a dichas infracciones.

Estos casos van ordenados en orden cronológico de más actual a más antiguo, comenzando con un caso del pasado año 2021.

7.1 Caso Inhaladores AstraZeneca (20 abril 2021)

El primero de los casos que se analiza trata de una denuncia realizada el 20 de abril de 2021, por parte de la empresa TEVA PHARMA a la empresa ASTRAZENECA, por la comisión de una supuesta práctica contraria al artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

A continuación, se señalarán y describirán las partes implicadas en el caso, tanto la empresa denunciada ASTRAZENECA FARMACEUTICA SPAIN, como la empresa denunciante TEVA PHARMA.

En cuanto a la empresa denunciada, AstraZeneca, es una empresa fundada en 1964 con sede en Madrid, todo su capital pertenece a AstraZeneca Farmacéutica Holding y a su vez al grupo AstraZeneca PLC.

Está centrada en el estudio, descubrimiento y desarrollo, para su posterior comercialización, de medicamentos para el tratamiento de enfermedades cardiovasculares, respiratorias, oncológicas, infecciosas y neurológicas.

Es el principal titular de los medicamentos de Symbicort, también se comercializa con el medicamento RILAST, a través de su filial que es LABORATORIO TAU, el cual posee la totalidad de las acciones de la empresa.

La empresa denunciante, TEVA, es otra empresa farmacéutica cuya sede se encuentra en Madrid y que comenzó su actividad en el año 2004, la cual corresponde el 100% al grupo PHARMA ESPAÑA.

Su función es básicamente el desarrollo, la producción y la comercialización de medicamentos innovadores y genéricos.

Su listado de medicamentos (vademécum), está formado por más de 800 productos, los cuales tratan funciones del sistema nervioso central, oncológico, el dolor, la salud de la mujer y el aparato respiratorio.

El medicamento más vendido por parte de TEVA es DUORESP.

El caso comenzó el 2 de diciembre de 2016 cuando se incoó el escrito por parte de la empresa TEVA PHARMA por el que denuncia a la empresa ASTRAZENECA FARMACEUTICA.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

En esa denuncia, TEVA PHARMA, acusaba a AstraZeneca de abuso de posición de dominio por la fijación de precios predatorios en un tipo de medicamentos (Symbicort), ofreciendo estos medicamentos a los hospitales a unos precios inferiores a sus costes variables y marginales. Infringiendo así el artículo 2 LDC (Ley de Defensa de la Competencia).

La Dirección de la Competencia inició un proceso de investigación con una serie de inspecciones en la sede de ASTRAZENECA FARMACEUTICA. La propia empresa AstraZeneca presentó varios recursos contra la Orden de Investigación e intentó poner todo tipo de impedimentos a dicha actividad investigadora. Posteriormente se acabó archivando la denuncia y se llevó a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y emitió una resolución al caso en su reunión del 20 de abril de 2021.

Si nos centramos en la caracterización del mercado en el sector farmacéutico, se deben tener en cuenta las particularidades que tiene dicho sector.

No solo existen particularidades como el precio o las prioridades del consumidor, también se tiene en cuenta la prescripción del medicamento por parte de un médico.

Existe una clasificación de los medicamentos, dependiendo de sus propiedades terapéuticas y con varios niveles de desagregación hasta llegar a 5.

Para hablar de la caracterización de mercado es necesario analizar el mercado de producto, la demanda, la oferta, las cuotas de mercado, el funcionamiento y el mercado geográfico.

Realizamos un breve resumen sobre cada uno de los puntos citados anteriormente.

- En cuanto al mercado de producto, el medicamento con el que se comercializa es SYMBICOR, después hay una serie de combinaciones de medicamentos para crear nuevos.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

- Respecto a la demanda, dependiendo de las características del paciente requerirá la aplicación de un medicamento u otro.
- Por la parte de la oferta, SYMBICORT es el medicamento más ofertado, ya que es con el que más se comercializa, pero también hay otros medicamentos como por ejemplo BIRESP o DUORESP que también son ofertados.
- Si hablamos de cuotas de mercado observamos que en los últimos 5 años (2014-2018) han bajado las cuotas, de un (30%-40%) a un (20%-30%).
- Para el funcionamiento del mercado, se deben tener claros los dos submercados; el de medicamentos dispensados en farmacias y el de los medicamentos adquiridos en hospitales.
- Por último, el ámbito geográfico se limita al ámbito nacional y son susceptibles de afectar al mercado intracomunitario.

Los hechos que han sido investigados y denunciados comienzan con un comunicado escrito por parte de TEVA, en el cual acusaba a ASTRAZENECA de un abuso de posición de dominio desde el año 2016 después de introducir en el mercado medicamentos análogos para los que establecían precios predatorios a los medicamentos de SYMBICORT, ofreciendo estos medicamentos a precios muy inferiores al coste real, incluso en algunas ocasiones gratis.

La finalidad de esta actuación era acotar la competencia y eliminar del mercado a empresas como TEVA.

Se realizaron varias inspecciones, en diferentes años, en las cuales se observó que se realizaban descuentos y *rappels* sobre algunos medicamentos, disminuciones de ventas o bonificaciones.

Sobre la posición de dominio de AstraZeneca, observamos que las cuotas de mercado marcan perfectamente los límites de abuso de posición de dominio, siendo consideradas las cuotas de mercado superiores al 50% cuotas muy

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

altas, y las cuotas de mercado que se encuentran entre el 70%-80% son consideradas como un abuso de posición de dominio.

Otros aspectos importantes que delimitan el abuso de posición de dominio, aparte de las cuotas de mercado, son las condiciones del mercado de referencia, la dinámica que tiene el mercado o el grado de diferenciación de los productos.

Finalmente, se emitió resolución por la se entendía que no se había producido ningún tipo de infracción del artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE y, por lo tanto, no se debía aplicar ningún procedimiento sancionador y archivar las actuaciones indicadas por TEVA, debiendo comunicar a la Dirección de la Competencia y a los dos interesados, que quedaba agotada la vía administrativa, pudiendo poner un recurso contencioso-administrativo en los próximos 2 meses¹¹.

7.2 Caso Ecoembes (2 abril 2019)

En este segundo caso, se estudiará el caso de ECOEMBES, una empresa dedicada al cuidado del medio ambiente, a través del reciclaje y del ecodiseño de envases domésticos ligeros, entre otros proyectos.

A 2 de abril de 2019 SEGARIA PLÁSTICOS denuncia a ECOEMBES por el supuesto incumplimiento o infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Como podemos observar existen en este caso dos partes implicadas, ellas son ECOEMBES (denunciada) y SEGARIA (denunciante). A continuación, vamos a analizar más en profundidad cada una de las partes implicadas.

¹¹ Resolución del Expediente S/0027/19, de 20 de abril de 2021, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

La empresa denunciante, SEGARIA, dispone de una sede principal en Ondara, Alicante, y su objetivo es la compra, venta, fabricación y manipulación de todo tipo de productos de plástico y metal, tanto en España como en el extranjero.

Además, SEGARIA está calificada como reciclador de ECOEMBES para el material de polietileno de alta intensidad.

Por otra parte, la empresa denunciada, ECOEMBES, es una Sociedad Anónima (S.A) con sede en Madrid, con un claro objeto social que es el diseño y organización de un sistema integrado de gestión de recogida y reciclaje de residuos para su posterior tratamiento, reciclado y valorización.

Su fundación data de 1996 y actualmente es el único sistema integrado de gestión de toda España para residuos de envases no reutilizables y no peligrosos, a excepción de vidrio cuyo sistema integrado es ECOVIDRIO. Sus acciones están repartidas por las diferentes empresas de envasado y reciclado, fabricantes de materias primas y demás empresas relacionadas con este sector.

Se llevaron a cabo varios registros de denuncia por parte de SEGARIA, por la supuesta infracción de ECOEMBES de las normas generales de precios de adjudicación.

Debido a estas denuncias, la Dirección de la Competencia solicitó a ECOEMBES información sobre esos precios de adjudicación y tras ello se abrió un expediente y se archivó el caso debido a la inexistencia de indicios de infracción.

Finalmente, la resolución fue emitida con fecha 2 de abril de 2019.

En este caso, también observamos la existencia de un mercado relevante afectado por su división en un mercado de producto y en uno geográfico.

De acuerdo con el método de actuación del mercado de producto, lo que se realiza es la recolección de materiales y la correcta separación posterior en diferentes contenedores de colores, dependiendo de su naturaleza.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Correspondiendo, por ejemplo, al contenedor amarillo los plásticos, metálicos y briks. A su vez los plásticos se separan en cuatro familias llamadas “balas de plásticos” como: botellas de agua y refrescos, envases de detergentes y alimentación, bolsas y filmes y, por último, yogures, bandejas, envases de alimentación, y otros.

Posteriormente estos materiales llegan a la planta de reciclado donde se trituran, se prensan y se llevan a cabo varias etapas de lavado. Todo esto para que finalmente se puedan poner a la venta de nuevo colocando ofertas en lugares como la página web de ECOEMBES mediante un proceso denominado “Procedimiento de Adjudicación de Materiales”.

En cuanto al mercado geográfico, se separa en varias zonas, en las que cada una comprenden varias plantas de selección de materiales. Las licitaciones de la denuncia se convocaron a nivel nacional para la retirada de ciertos materiales, por lo tanto, podemos afirmar que el mercado geográfico es el nacional.

Se realizaron revisiones de los precios de adjudicación a la mayoría de las empresas de adjudicación de materiales de reciclaje, como por ejemplo SUMINCO, que se vieron afectadas por la situación de crisis y que solicitaron a ECOEMBES la revisión del precio de su contrato.

La empresa ECOEMBES destaca que la única empresa que ha solicitado la revisión de precios en el periodo descrito fue SEGARIA. En conclusión, la empresa denunciada, ECOEMBES, habría incurrido según SEGARIA en una infracción continuada por la manipulación de precios descritos en el artículo 1.a) de la Ley de la Defensa de la Competencia, y en una supuesta conducta de abuso de posición de dominio por la propia manipulación de precios, y un trato discriminatorio de ECOEMBES a SEGARIA en favor de una tercera empresa, SUMINCO, reflejado en los artículos 2.2 a) y d) de la Ley de la Defensa de la Competencia.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Para analizar el objeto de esta resolución, se debe valorar si hay indicios suficientes para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, por la ausencia de dichos indicios se deberá archivar el caso por el momento hasta que se demostrase lo contrario.

La propuesta del órgano instructor, en una primera instancia, es la de archivar el expediente por falta de indicios, según Defensa de la Competencia, si la denunciante, SEGARIA, no ha presentado información sobre el mercado relevante ni sobre la posición de dominio de ECOEMBES. A pesar de ello, sí que se confirmó la posición de dominio por parte de ECOEMBES anteriormente, pero no se demostró el abuso de esa posición de dominio ni que quisieran cerrar o disminuir el mercado.

La Defensa de la Competencia acredita también que no hay suficientes indicios para acusar de una vulneración del criterio de publicidad en las adjudicaciones de los contratos de 2010.

Por último, la Defensa de la Competencia considera que las justificaciones de ECOEMBES para rechazar las revisiones por parte de SEGARIA son lícitas, ya que no se dieron las circunstancias de disminución de precios que se dieron anteriormente en 2008.

Finalmente, se resolvió que no cabe ningún procedimiento sancionador y procedía archivar el caso por parte de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional en el expediente S/0636/18 ECOEMBES, ante la denuncia presentada por SEGARIA, por no existir indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Como en todos los casos, se deberá comunicar esta resolución a la Dirección de la Competencia y a los interesados haciéndoles saber que no hay recurso alguno en vía administrativa¹².

¹² Resolución del Expediente S/0636/18, de 2 de abril de 2.019, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

7.3 Caso Oracle (10 abril 2018)

Para continuar, el tercer caso que vamos a analizar es el caso de ORACLE, una empresa especializada en el desarrollo de soluciones de nube y locales, con sede central en la localidad de Austin, capital del estado de Texas.

Esta resolución está formada por dos partes de las que se hablará a continuación.

La empresa denunciante HP (Hewlett Packward Company), es una empresa estadounidense que vende bienes y servicios en sectores como el de infraestructuras tecnológicas empresariales, de hardware informático de uso personal y soluciones de impresión e imagen digital entre otras.

Tienen una filial en España llamada Hewlett Packward Española S.L para la distribución y promoción de productos en España.

En 2018, HP solicitó el cambio de razón social a HP Inc. y HP Printing and Computing Solutions, aunque continuó llamándose HP, ya que forman parte del mismo grupo empresarial.

Por la parte del denunciado, ORACLE Corporation, hay que decir que es una empresa estadounidense del sector de las tecnologías de la información, en concreto se dedica al desarrollo y fabricación de software empresarial y servicios relacionados.

También disponen de una filial en España llamada ORACLE Ibérica, S.R.L, para la promoción y distribución de productos en España. Al igual que con HP, a ambas empresas, ORACLE Corporation y ORACLE Ibérica, se les acabó denominando ORACLE, ya que pertenecen al mismo grupo empresarial.

Todo comienza el 6 de julio de 2011, cuando tuvo lugar la denuncia por parte de la empresa Hewlett Packward Company, es decir, HP, y en cuya denuncia acusa de posibles prácticas prohibidas a ORACLE, infringiendo el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 TFUE.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Se interpusieron otras denuncias por parte de HP a ORACLE, para las cuales la denunciante fue aportando información tanto en formato digital como en papel, mientras que, por el otro lado, ORACLE solicitaba que se archivase las denuncias por diversos motivos.

Tras una multa impuesta a ORACLE por no colaborar en la investigación con la CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), se procedió a fechar la resolución para poder cerrar el caso.

Finalmente, esta resolución ha sido aprobada por parte de la Sala de la Competencia con fecha 20 de febrero de 2019.

El análisis de los mercados afectados consiste en el estudio del mercado de producto y del mercado geográfico.

En el mercado del producto se denomina infraestructura tecnológica al conjunto de hardware y software para el funcionamiento de aplicaciones de gestión empresarial.

Estos productos con los que se comercializa en el mercado son: el hardware, el sistema operativo, las bases de datos, el middleware y el software de aplicaciones empresariales.

El software consiste los servidores, las unidades de almacenamiento y los ordenadores personales que se utilizan.

El sistema operativo compone la parte que controla las funciones básicas del hardware.

Las bases de datos son programas de software que permiten el almacenamiento y tratamiento de datos.

El middleware se ocupa de que se puedan conectar a un mismo servidor varios dispositivos a la vez, para ello utiliza un amplio conjunto de software.

El software de aplicaciones empresariales es un apoyo a las principales funciones para una gestión eficiente del sistema.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

En cuanto se refiere al mercado geográfico, se propone tener en cuenta los precedentes de la empresa. En el caso de las bases de datos, el mercado geográfico sería mundial, ya que la industria de la tecnología y la información se utiliza en cualquier parte del mundo.

Con respecto a los servidores, el mercado geográfico es prácticamente a nivel europeo. Esta delimitación se basa principalmente en los costes de transportes de los servicios, el precio de producto y las preferencias del consumidor.

En todo caso, la Dirección de Investigación determinó que no era necesario delimitar el ámbito del mercado geográfico debido a que no afectaba directamente a las conclusiones de análisis del caso, por lo cual se denominó de carácter supranacional.

La propuesta de resolución por parte del órgano instructor sobre la posición de dominio de ORACLE determina, en primer lugar, que posee una cuota de mercado relevante de las bases de datos de alto rendimiento del 70%-80%.

Existe una clara presencia de barreras de entrada en este mercado de bases de datos como unos costes fijos muy elevados, lo que supone grandes economías de escala, afectando así a su reputación.

Estos factores nos llevan a concluir, que ORACLE posee una posición dominante en el mercado de bases de datos de alto rendimiento, debido a las altas cuotas de mercado que poseen, a las posibles barreras de entrada y al poder compensatorio que tiene su demanda. Concretamente, el abuso de estas características de posición de dominio es lo que denunció HP en repetidas ocasiones.

Al analizar precisamente estas características por la Sala de la Competencia sobre la posición de dominio de ORACLE, se determina que:

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

En cuanto a la cuota de mercado, sería más baja de lo previsto, ya que el mercado relevante que se ve afectado no sería el mercado de bases de datos de alto rendimiento para el cual se han estudiado las cuotas de mercado, sino el mercado de bases de datos.

Por parte de las barreras de entrada y de la expansión, de cara a los competidores más pequeños, son factores a tener en cuenta para analizar una posible posición de dominio, ya que afectan a la capacidad que tienen los competidores tanto en la actualidad como potencialmente.

Como conclusión sobre la posición de dominio por parte de la Sala de la Competencia, se concluye que realmente no puede afirmarse que ORACLE disponga de una posición de dominio individual en el mercado de bases de datos de alto rendimiento. A pesar de ello, hay que analizar si se incurre en prácticas abusivas infringiendo el artículo 102 del TFUE y el artículo 2 de la LDC, por si existiera, de hecho, esa posición de dominio.

Finalmente, se resolvió, en primer lugar, que es de aplicación el artículo 53.1 c) de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por el que se determina que no se ha confirmado de modo suficiente la infracción de dichos artículos por prácticas abusivas.

En segundo lugar, se debe resolver la confidencialidad de la documentación aportada por las empresas.

Se debe comunicar dicha Resolución a la Dirección de la Competencia y a ambas partes de que no existe ningún documento en vía administrativa vigente¹³.

¹³ Resolución del Expediente S/0345/11, de 26 de febrero de 2013, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

7.4 Caso Nokia (13 junio 2017)

Por último, nos hemos de ocupar del caso de Nokia, una empresa multinacional de telecomunicaciones y tecnología.

Las partes de la resolución implicadas son KAPSCH y NOKIA.

La empresa denunciante, KAPSCH, es una filial española de la empresa multinacional KAPSCH CARRIERCOM, cuya sede central reside en Viena. Se trata de una empresa dedicada a facilitar a operadoras de red, empresas energéticas y compañías de transporte, soluciones finales y equipos de telecomunicaciones.

Por la otra parte, la parte denunciada, NOKIA, es la filial española de la multinacional NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS, una empresa multinacional dedicada a las telecomunicaciones y la tecnología, como ya hemos citado anteriormente, así como la prestación de servicios para la optimización de dichas redes, con sede en Espoo, Finlandia.

Se dedicaba, principalmente, a la fabricación de teléfonos móviles siendo líder mundial en el sector entre los años 1998 y 2012, teniendo una profunda caída con la entrada de los teléfonos inteligentes creados por otros proveedores.

Todo comienza, y como antecedente, cuando a principios de 2014 ADIF sacó a concurso el contrato que afecta a las telecomunicaciones de las redes ferroviarias con la participación en la licitación de entidades como KAPSCH y NOKIA.

Se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un escrito de denuncia de KAPSCH contra NOKIA, por la que se afirmaba infringía el artículo 2 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Los hechos que se denunciaban por parte de la denunciante eran que

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

los precios mayoristas ofertados por NOKIA eran excesivos y discriminatorios, y que estaban muy por encima de los precios de mercado.

Tras un análisis preliminar de la información facilitada por parte de la denunciante, se solicitó a ADIF que aclarara complementariamente algunas informaciones.

KAPSCH presentó un recurso contra la negación de medidas cautelares, que fue desestimada por parte del consejo de la CNMC.

La multinacional NOKIA prosiguió con la serie de denuncias contra KAPSCH por diversas conductas que consideraba anticompetitivas, como la de venta a pérdida.

Finalmente, la sala de la Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló en su reunión del día 8 de junio de 2017.

Procediendo a la realización de un análisis de mercado, analizamos tanto el mercado de producto como el mercado geográfico.

En lo relativo al mercado del producto nos encontramos con que el producto es GSM-R y se utiliza en las líneas de alta velocidad de España. Tan solo existe un único demandante de este producto, ADIF, que realiza sus adquisiciones mediante procedimientos de licitación pública.

Se delimitaron los siguientes mercados de producto afectados a estos tres: el mercado de fabricación y comercialización de la red de telecomunicaciones, el mercado de mantenimiento de instalaciones de las telecomunicaciones y, por último, el mercado mayorista de prestación de servicios de las instalaciones de telecomunicaciones GSM-R.

En cuanto al mercado geográfico, consideramos que, al menos, tiene una dimensión europea en tanto al mercado de fabricación y comercialización y respecto al mercado mayorista de prestación de servicios. En todo caso, no es necesario pronunciarse sobre la delimitación exacta del ámbito geográfico ya que no afecta a las conclusiones del análisis.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

En el caso del mercado mayorista de prestación de servicios tiene una cuota del 100% con independencia del mercado que se delimite. Por la parte del mercado de mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones, considera que dispone de una dimensión nacional en España.

La propuesta de resolución del órgano instructor, nos indica que se ha producido una infracción del artículo 2 LDC y del artículo 102 TFUE por parte de NOKIA, debido a un estrechamiento de márgenes, es decir, la fijación del precio del servicio de soporte (mayorista) y el de los servicios de mantenimiento de redes GSM-R de ADIF (minorista).

Con este estrechamiento de márgenes, lo que se ha conseguido es excluir de forma potencial e injustificada al único competidor de NOKIA con capacidad de prestación de este tipo de servicios minoristas, siendo ésta una parte muy sustancial en el mercado español de mantenimiento de instalaciones de telecomunicaciones móviles.

Finalmente, la resolución afirma que ha quedado acreditada la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 102 TFUE por parte de la empresa NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, consistente en abusar de la posición de dominio en los mercados mayoristas de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de las telecomunicaciones.

Declara, así, culpable a NOKIA SOLUTIONS AND NETWORK SPAIN de esta infracción, imponiendo a dicha empresa una multa de 1.741.478 euros.

Se deberá informar a NOKIA para que en un futuro no realice prácticas similares, y también se deberá comprobar que la Dirección de Competencia vigile de forma íntegra el cumplimiento de esta Resolución.

Por último, se deberá guardar la confidencialidad sobre el caso, en el cual se hace referencia en el apartado quinto del Fundamento de Derecho de esta

Resolución. Comunicando la decisión final a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a las partes interesadas.¹⁴

8. CONCLUSIONES

El estudio que se ha realizado de los casos precedentes sobre abusos de posición de dominio nos permite obtener una visión general de la situación.

Se ha llevado a cabo el análisis en profundidad de 4 casos de los que se ha podido observar que tienen unas resoluciones largas, técnicas y con una cierta complejidad.

La razón de la elección de estos casos, dentro de los muchos supuestos, radica en el interés personal respecto de las empresas implicadas, así como la cercanía en el tiempo de los casos estudiados, en el caso de los Inhaladores de AstraZeneca, por ejemplo, y también en el estudio del abuso de posición de dominio.

Algo sumamente importante y que ha quedado patente en estos 4 casos, y a lo largo de todo el trabajo, es la clara diferencia entre la posición de dominio de la que puede disfrutar una empresa y el abuso que se puede realizar de la misma.

La mayoría de las empresas que abusan de esta posición de dominio son empresas que tienen una clara y superior posición de dominio respecto a las demás empresas, o, en otras ocasiones, se trata de empresas con cuotas de mercado muy elevadas.

La empresa que posee esta posición de dominio tiene la capacidad de poder expulsar o bloquear a sus rivales y la capacidad de influir en las variables de mercado. Estas prácticas prohibidas no solo afectan a los demás competidores, sino que también afectan a los propios consumidores.

¹⁴ Resolución del Expediente S/DC0557/15, de 15 de junio de 2017, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Ha quedado al descubierto, también, de este modo, que el abuso de posición de dominio se puede dar en cualquier sector pero que los más habituales son: el sector tecnológico y de comunicaciones, el farmacéutico, el de transportes y el sector eléctrico.

Este abuso se puede dar a través de varias formas, pero las más comunes son mediante su aplicación en las relaciones comerciales y de servicios, y a través de la imposición, de forma directa e indirecta, de precios u otras condiciones comerciales con condiciones desiguales.

En cualquier caso, no hay una determinada lista de abusos, ya que cualquier práctica desde la posición de dominio que afecte de manera negativa a la competencia puede considerarse abusiva.

Por último, cabe destacar que dentro de una misma denuncia pueden encontrarse varias prácticas de abuso de posición de dominio, o un abuso de posición de dominio junto a otro tipo de práctica prohibida.

El abuso de posición de dominio está presente y se convive diariamente con ello, pero no es fácil de detectar, sobre todo por parte de los consumidores.

Por otra parte, se ha acusado en muchas ocasiones de la aplicación del artículo 102 TFUE de forma poco flexible y de no considerar la realidad económica.

Tras analizar los casos presentados y estudiados, lo más destacable es la labor investigadora y minuciosa que las autoridades llevan a cabo y por la que determinan la existencia o no de abuso de posición de dominio a través del mercado relevante.

Todas las empresas tienen libertad en un mercado en el que debe primar la libre competencia, siempre y cuando cumplan las normas y no perjudiquen al resto de empresas.

Tampoco se debe tergiversar el objeto de esta persecución de las prácticas de abuso de posición de dominio, de modo que no se pretende proteger a empresas más pequeñas e ineficientes, sino que se debe velar por la libre competencia de manera justa.

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

En definitiva, y como se viene repitiendo a lo largo de este escrito, hay que destacar una vez más que lo que la Defensa de la Competencia no persigue es la posición de dominio como tal, sino que vela para que esta posición se ajuste de forma lícita conforme a la Ley. Lo que se castiga realmente es el abuso que se puede ejercer de esta posición y con ello no se pretende ni expulsar a las empresas con posición de dominio ni proteger a las más ineficientes, sino que exista una competencia efectiva que no perjudique al mercado.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Beneyto, J. M., & Maillo González-Orús, J. (2017). Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España.
- Campuzano Laguillo, A. B., Palomar Olmeda, A., & Calderón, C. (2015). El Derecho de la competencia.
- Fabián Rodríguez Gómez. (2015, octubre 2). La posición de domino y la diferencia con su abuso. <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/la-posicion-de-domino-y-la-diferencia-con-su-abuso-2307696>
- Martínez Lage, S., & Petitbó Juan, A. (2006). El abuso de la posición de dominio. 438 páginas.
- Mateo Hernández, J. L. 1970-, Martínez Cañellas, A., & Alcover Garau, G. Introducción al Derecho Mercantil.

10. DOCUMENTOS CONSULTADOS

- Abuso de posición dominante* |. Retrieved March 24, 2022, from <https://centrocompetencia.com/abuso-de-posicion-dominante/>
- BOE (2007): “Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”. Núm.159, pp. 28848-28872. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12946-consolidado.pdf>
- BOE (2007): “Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”. Núm.159, pp. 28848-28872. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15/dof/spa/pdf>
- Conexión ESAN. (2018, February 28). *¿Cuándo ocurre y en qué consiste un abuso de posición de dominio?* | Conexión ESAN. <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/cuando-ocurre-y-en-que-consiste-un-abuso-de-posicion-de-dominio>

Sergio Diente De Los Bueis
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

D. José María Marín Quemada consejeros D^a. Clotilde de la Higuera Gonzalez D^a. María Ortiz Aguilar D. Josep Maria Guinart Solá D^a Maria Pilar Canedo Arrillaga. (2019). *ECOEMBES CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA*. https://www.cnmc.es/sites/default/files/2447399_1.pdf

D. José María Marín Quemada consejeros D^a. María Ortiz Aguilar D. Josep Maria Guinart Solá D^a. Clotilde de la Higuera Gonzalez D^a. María Pilar Canedo Arrillaga. (2019). *ORACLE CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA*. https://www.cnmc.es/sites/default/files/2338801_33.pdf

D^a Cani Fernández Vicién Consejeros D^a María Ortiz Aguilar D^a María Pilar Canedo Arrillaga Carlos Aguilar Paredes D Josep María Salas Prat, P. D. (2021). *INHALADORES ASTRAZENECA CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA*. www.cnmc.es

Decisiones | CNMC. Retrieved April 5, 2022, from <https://www.cnmc.es/acuerdos-y-decisiones?idambito=8&idprocedim=37>

Diario Oficial de la Unión Europea (2012): “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Núm. 326, pp. 391-412. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

José María Marín Quemada consejeros Josep María Guinart Solà D^a Clotilde de la Higuera González D^a María Ortiz Aguilar D Fernando Torremocha García -Sáenz SECRETARIO D Joaquim Hortalà Vallvé En Madrid, D. D. (n.d.). *RESOLUCIÓN (Expte. S/DC/0557/15 NOKIA) SALA DE COMPETENCIA PRESIDENTE*.

Normas sobre competencia en la UE - Your Europe. Retrieved April 11, 2022, from https://europa.eu/youreurope/business/selling-in-eu/competition-between-businesses/competition-rules-eu/index_es.html

Wolters Kluvert, *Abuso de posición dominante*. Retrieved March 23, 2022, from https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAASNDM0tDtbLUouLM_DxblwMDS0MDIw uQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAT89mIzUAAAA=WKE